

POSITIVISMO Y CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA DEL DERECHO. SOBRE LA POSIBILIDAD DE SU (RE) CONCILIACIÓN*

ALEJANDRO SAHUÍ MALDONADO**

Presentado: marzo 2 de 2014 • Aceptado: abril 22 de 2014

Resumen

El artículo analiza, desde una perspectiva positivista, algunos problemas importantes de la filosofía del derecho en la obra de Eugenio Bulygin, como el formalismo, la relación entre derecho y moral, la unidad del razonamiento práctico, el cognitivismo y el relativismo ético. Su propósito es defender que el positivismo jurídico es compatible con la concepción argumentativa del Derecho.

Palabras clave: positivismo, formalismo, argumentación, justificación, racionalidad.

* Resultado final del trabajo de investigación “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho. Un alegato a favor de su compatibilidad desde algunas de las tesis de Eugenio Bulygin”, por medio del cual el autor obtuvo el título de Magíster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España.

** Doctor en Derecho, con especialidad en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Magíster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, la Red Nacional de Investigación sobre Discriminación, la Asociación Filosófica de México, el Consejo Consultivo de la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Consultivo de Desarrollo Social del Estado de Campeche. alesahui@uacam.mx.

POSITIVISM AND ARGUMENTATIVE CONCEPTION OF LAW. ON THE POSSIBILITY OF ITS (RE) CONCILIATION

Abstract

From a positivist perspective, the article discusses some important issues of legal philosophy in the work of Eugenio Bulygin like formalism, the relationship between law and morality; unity of practical reasoning; cognitivism and ethical relativism. Its purpose is to defend that the legal positivism is compatible with the argumentative conception of law.

Keywords: positivism, formalism, argumentation, justification, rationality.

POSITIVISME ET LA CONCEPTION ARGUMENTATIF DE DROIT. SUR LA POSSIBILITÉ DE SU (RE) RAPPROCHEMENT

Résumé

Du point de vue positiviste, l'article traite de certains aspects importants de la philosophie du droit dans l'œuvre d'Eugenio Bulygin comme formalisme, la relation entre le droit et la morale; l'unité de la raison pratique; cognitivisme et du relativisme éthique. Son but est de défendre le positivisme juridique est compatible avec la conception argumentative de la loi.

Mots-clés: le positivisme, le formalisme, l'argumentation, la justification, la rationalité.

POSITIVISMO E CONCEZIONE ARGOMENTATIVA DELLA LEGGE. SULLA POSSIBILITÀ DELLA SUA (RI)CONCILIAZIONE

Riassunto

Da una prospettiva positivista, l'articolo affronta alcuni problemi importanti della filosofia del diritto nell'opera di Eugenio Bulygin, come il formalismo, il rapporto tra diritto e morale; l'unità del ragionamento pratico; il cognitivismo e il relativismo etico. Il suo scopo è quello di difendere che il positivismo giuridico è compatibile con la concezione argomentativa del diritto.

Parole chiave: positivismo, formalismo, argomentazione, giustificazione, razionalità.

POSITIVISMO E CONCEIÇÃO ARGUMENTATIVA DO DIREITO. SOBRE A POSSIBILIDADE DE SUA (RE)CONCILIAÇÃO

Resumo

Desde uma perspectiva positivista, o artigo analisa alguns problemas importantes da filosofia do direito na obra de Eugenio Bulygin, como o formalismo, a relação entre o direito e a moral; a unidade do racoamento prático; o cognitivismo e o relativismo éticos. Seu propósito é defender que o positivismo jurídico é compatível com a conceição argumentativa do direito.

Palavras chave: positivismo, formalismo, argumentação, justificação, racionalidade.

INTRODUCCIÓN

En un texto publicado como homenaje a Eugenio Bulygin por su septuagésimo quinto aniversario, Manuel Atienza (2007, pp. 39-49) observa que en los últimos veinte o veinticinco años los filósofos del derecho latinos de inspiración analítica se han alineado básicamente en dos bandos. Atienza caracteriza uno de esos bandos como formalista, de inspiración “bulyginiana”, al que atribuye los rasgos siguientes: 1) Un positivismo en sentido estricto (positivismo excluyente); 2) Una actitud sumamente escéptica hacia la ética y hacia la posibilidad de que ésta sea discutida racionalmente; y 3) Una comprensión de la teoría del derecho entendida como empresa de análisis conceptual sin mayor interés por sus aspectos prácticos. El segundo de los bandos estaría representado por Carlos Santiago Nino, cuya obra se habría de distinguir por: 1) Un positivismo abierto o incluyente, o abiertamente un no-positivismo; 2) Una reivindicación de la racionalidad en materia ética (cognitivismo más o menos fuerte); y 3) Una concepción no aislada del pensamiento jurídico que incluye la filosofía del derecho en el espectro amplio de la filosofía práctica, con una estrecha conexión con la filosofía moral y jurídica.

Manuel Atienza es consciente de que esta clasificación tiende a simplificar la discusión, pero considera que es útil para fijar algunas posiciones que permitan determinar si las tesis defendidas por cada bando son o no compatibles con una *concepción argumentativa del derecho*. La idea de Atienza es que las tesis del bando de Eugenio Bulygin no lo son.

Una concepción del derecho de naturaleza argumentativa de acuerdo con Atienza privilegia la dimensión práctica del derecho, su funcionamiento en la sociedad. Está relacionada con la tarea de quienes desempeñan las actividades jurídicas especializadas en una sociedad (Atienza, 2006, p. 21). Pero no solamente con la conducta de los jueces y los otros actores jurídicos sino también con el tipo de razones que justifican y guían esa conducta. En virtud de lo anterior, dicha concepción resulta comprometida con un objetivismo mínimo en materia de ética (Atienza, 2006, p. 53).

Manuel Atienza considera que la noción de validez jurídica amerita criterios sustantivos y no meramente formales; ya que para ser válida una norma precisa del respeto a los valores y principios de la Constitución. Además de ello, sostiene que existe una conexión conceptual o intrínseca entre el derecho y la moral; no casual o contingente. Lo anterior conduce

a una creciente integración entre las diversas esferas de la razón práctica: derecho, moral y política; misma que se vincula a la convicción de que existen criterios objetivos (como universalidad, coherencia, integridad, etc.) que conceden carácter racional a la práctica de justificar las decisiones (Atienza, 2006, pp. 55-56)¹.

El propósito del texto es reflexionar en torno a la viabilidad del enfoque argumentativo del derecho desde el bando filosófico del positivismo jurídico, a partir de ciertas tesis que Manuel Atienza le atribuye a uno de sus representantes más conspicuos: Eugenio Bulygin (Bulygin, 2006 y Moreso y Redondo, 2007). En especial, me interesa criticar la idea de que el positivismo jurídico implica *per se* una posición no cognitivista o relativista en asuntos prácticos y de valor; déficit que lo alejaría de la comprensión del Derecho como una práctica argumentativa, en el sentido antes descrito por Atienza. Esta implicación estaría asociada al formalismo que suele acompañar al positivismo, así como a la desconexión o independencia conceptual que el positivismo acusa respecto de la moral.

Parece verdad que una práctica o institución social como el Derecho, a través de la que se adjudican derechos o deberes respaldados por la amenaza de la coacción estatal, requiere criterios objetivos que permitan decidir sus usos correctos y desviados. Criterios que sirvan para rechazar la arbitrariedad. Sin embargo, aquí se defenderá que no es indispensable echar mano del orden moral para establecer dichos criterios. Porque cabe la posibilidad de que tales criterios sean producto de usos y convenciones a los que se atribuyen específicas funciones relacionadas con el orden, convivencia, cooperación, etc. Usos y convenciones con normas obligatorias, es decir, susceptibles de ser seguidas de manera autónoma; pero no necesariamente morales. Estas pueden ser políticas, jurídicas, religiosas, etc.

Suele decirse, en los cursos introductorios al Derecho, que entre los distintos órdenes normativos, como son derecho, moral, religión, usos, costumbres, etc., la diferencia específica de la moral radica en que sus imperativos hallan su fuente en la autonomía de las personas, mientras que el resto serían heterónomos. Sin embargo, lo que ahora se está significando es la posibilidad de que normas dispuestas socialmente, externas en su origen a la conciencia individual, sean aceptadas libremente tras un ejercicio

1 Hay otros rasgos de la concepción argumentativa del derecho según Manuel Atienza. No obstante, estos son los que se refieren más directamente a las críticas realizadas al positivismo de Bulygin..

reflexivo y deliberativo. Que no quepa siempre calificar a todas estas normas como intrínsecamente “morales” se debe al hecho de que pueden llegar a existir discrepancias entre ellas y las más firmes convicciones íntimas, sin que tales discrepancias puedan ser resueltas allende un diálogo público, plural e incluyente. En estos casos, la decisión que se tome reflejará principalmente la voluntad de vivir juntos con respeto. Sostengo que esta es la intuición tras la propuesta de Carlos Santiago Nino de entender a la democracia como el mejor sucedáneo del discurso moral (1989c y 1997); o de John Rawls de proponer que la justicia es sobre todo política y no metafísica (1999b, pp. 23-46).

El constructivismo brinda un enfoque que permite aprehender la idea de objetividad en la filosofía práctica sin necesidad de pensar en la correspondencia con *un* orden moral o con determinados hechos morales. Esta propuesta, de la que se puede trazar su ascendiente hasta la filosofía de Immanuel Kant, ha sido asumida por los autores antes referidos: en la moral y el derecho por Carlos Santiago Nino (1989b); y por John Rawls (1999a, pp. 209-289)² en el dominio político. En ambos casos se sostiene que la objetividad moral, o genéricamente en los asuntos prácticos, depende de una perspectiva o punto de vista público, *construido* o elaborado de modo contingente, es decir, mediante la deliberación, pero que sin embargo no es arbitrario. De ahí que se pueda pensar la compatibilidad de posiciones objetivistas y cognitivistas con el positivismo jurídico sin apelar al realismo moral como enfoque trascendente a los sujetos.

Para Kant, por ejemplo, el derecho positivo, pese a tener su fundamento en la libertad de las personas, sólo puede ser comprendido adecuadamente si la libertad no se interpreta como un atributo individual, fuero interno o libre arbitrio, sino del modo siguiente: “El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal; y el derecho público es el conjunto de leyes externas que hacen posible tal concordancia sin excepción” (1993, p. 26).

Visto de esta forma, entonces, que se pueda juzgar la corrección de las normas jurídicas o su objetividad no depende de cualquier apreciación

2 De ahí saldrán las bases para el desarrollo posterior de su idea de justicia, como siendo estrictamente política, ajena a concepciones del bien comprensivas.

subjetiva, ni siquiera mayoritaria o unánime sobre las posibles concepciones de libertad. Tampoco de un fenómeno empírico que se pueda verificar³. Depende en cambio más bien de que las normas sean capaces de satisfacer los criterios estipulados al interior de la definición de derecho. Pero para ello, es necesario que los mismos criterios sean previamente admitidos como firmes. Esta asunción a priori, como referente, es lo que significaría contar con una construcción conceptual o epistemológica, no realista o correspondentista.

Por el contrario, se trata de una mera idea de la razón que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo, y a que considere a cada súbdito, en la medida en que éste quiera ser ciudadano, como si hubiera expresado el acuerdo con una voluntad tal. Pues ahí se halla la piedra de toque de la legitimidad de toda ley pública (Nino, 1989a, pp. 37-91-110).

Estructurado en cinco partes, en la primera se exhibe brevemente la posición de Eugenio Bulygin en relación con el formalismo y con su propuesta de justificación deductiva de las decisiones judiciales, como productos del llamado silogismo judicial. Enseguida se trata el problema de la relación entre derecho y moral en el positivismo, y se defiende que no existe conexión conceptual ni justificativa entre dichos órdenes normativos a pesar de que evidentemente algunos de sus contenidos se solapan. La tercera parte aborda la tesis acerca de la unidad de la razón práctica y se critica la idea que sostienen Atienza, Nino y, misteriosamente, Bulygin, quien termina por conceder cierta primacía a las razones morales respecto de las jurídicas; dado que solo las primeras califican como auténticas razones para la acción y como definitivas. En cuarto lugar se discute si el positivismo metodológico implica aceptar una teoría metaética no cognitivista o relativista, y se adopta una respuesta negativa. Un brevísimo apartado de conclusiones sugiere la posibilidad de reconciliar el positivismo metodológico con concepciones de derecho e ideas de valor sustantivas, pero no morales, verbigracia del constitucionalismo contemporáneo.

3 El llamado por Kant “hecho de la libertad”, presupuesto de la acción genuinamente moral como un principio incondicionado de la acción humana es, desde un punto de vista empírico, sumamente cuestionable. Sin embargo, es un postulado de la razón pura práctica a través de la fórmula del imperativo categórico.

EL FORMALISMO JURÍDICO Y EL MODELO DEL SILOGISMO JUDICIAL

Inicio con la caracterización de Bulygin hecha por Manuel Atienza como “formalista”. Es cierto que Bulygin concede una importancia fundamental al esquema del silogismo y a la lógica deductiva para la justificación de las decisiones judiciales. Sin embargo, es menester tener en cuenta que la firme defensa del silogismo no es ella misma formal sino material, toda vez que se apoya explícitamente en rasgos de una filosofía política de carácter liberal: soberanía popular, división de poderes, democracia representativa y constitucionalismo (Bulygin, 2006, pp. 62-63). Para Bulygin la ciencia del derecho devino dogmática jurídica a partir del proceso de codificación, por influencia de la doctrina de la división de poderes. La teoría del silogismo judicial es una consecuencia de ella y señalaría el deber de los jueces de resolver mediante deducciones lógicas, de normas generales, las circunstancias particulares de un caso. Bajo este marco es de esperarse que las normas democráticas sean aceptadas como válidas y obligatorias –al menos *a priori*– tanto por los ciudadanos como por los operadores jurídicos.

El derecho dictado por el poder legislativo debe proporcionar al juez las herramientas necesarias para poder cumplir su cometido: aplicar el derecho sin modificarlo, pues de acuerdo a la doctrina de división de poderes los jueces deben limitarse a la aplicación de las normas generales creadas por el legislador, a quien corresponde introducir cambios en el derecho en caso de conveniencia o necesidad (Bulygin, 2006, p. 64).

Francisco Laporta (2007, pp. 33-37) interpreta de este modo también la posición formalista del profesor argentino: “Bulygin es un liberal, y seguramente es un liberal precisamente porque es un lógico”. En esta lectura la lógica deductiva sería subyacente a la idea de imperio de la ley⁴.

4 Considero que hay un sentido en que la crítica a los positivistas por asignar un rol “menor” al juez como simple aplicador, y no como creador de derecho, tendría que correr con la carga de la argumentación. A diferencia de la filosofía política explícita detrás de aquellos, no es claro cuál sea la doctrina tras el aparente progresismo de hacer decir a los jueces más que aquello que la ley autoriza, es decir, de apelar directamente a principios morales externos sin que su autoridad haya provenido del principio democrático ni gocen de algún privilegio epistémico o moral en relación con el resto de ciudadanos. Cuando Nino hizo el esfuerzo por explicitarla, a su pesar, me parece que arriba a una conclusión bastante similar en filosofía política a la de otros constructivistas kantianos como John Rawls o Jürgen Habermas.

Bulygin no rechaza el calificativo de formalismo para su posición teórica, asociándolo a su idea de argumentación como encadenamiento entre proposiciones –premisas y conclusión. Desde su perspectiva el tipo de argumentación que interesa a la práctica del Derecho está asociado a la noción de justificación. Con independencia de que en la actividad judicial normal intervengan elementos *extra*-lógicos, y de que estos puedan tener en la sentencia un peso real mayor para conseguir la adhesión de un público determinado, Bulygin rechaza que ese juicio califique –por ese mero hecho– como correcto, válido o justificado. Una sentencia que pretenda lucir como justificada debería poder reconstruir como un silogismo deductivo completo, aunque sea *a posteriori*, el argumento que condujo a la decisión. El modelo deductivo que subsume un caso concreto bajo una norma general que cuenta con el estatuto de *ley asumida como válida* es la mejor y quizás la única garantía de corrección y control de una decisión. Inevitablemente, la justificación de una sentencia deberá plantearse bajo el esquema de un silogismo.

Juan Carlos Bayón sostiene, del lado de Bulygin, que la justificación propia del modelo deductivo es corolario del principio de universalidad y condición de racionalidad: “Lo que sostiene al respecto el modelo deductivo, en primer lugar, es que si un juicio es correcto, es correcto bajo una pauta general (i.e., en la medida en que es una *aplicación de una norma*), no habiendo ningún otro sentido inteligible en el que quepa predicar de un juicio corrección o incorrección” (2007, p. 147).

Carlos Santiago Nino nunca dudó de la importancia del sentido puramente lógico de la idea de justificación, como derivación del contenido de una decisión de un enunciado; sin embargo, consideraba que lo relevante era entender que esa derivación no podía ser de cualquier enunciado sino que debía ser de enunciados válidos, verdaderos o justos. “Naturalmente que hay un sentido de ‘justificación’ en el que la decisión de un juez de enviar a la cárcel a la persona está justificada si se muestra que su contenido proposicional deriva de los enunciados ‘todos los calvos deben ir a la cárcel’ y ‘esta persona es calva’; nunca me he ocupado de este sentido de ‘justificación’” (2007d, p. 167).

En *El derecho como argumentación* Manuel Atienza critica que la concepción formal de la argumentación jurídica da por descontadas todas las cuestiones relativas a la validez de las premisas normativas, sin indagar sobre la verdad o justicia de su contenido. Indica que esta última cuestión, que él refiere a una concepción material de la argumentación, es ineludible para el trabajo de los juristas, porque implica determinar *ex ante* la validez

de las premisas que son empleadas dentro de un silogismo. No obstante, sostiene que ambas concepciones son complementarias, no excluyentes.

Si esto es verdad, el paso de la concepción formal a la material de la argumentación jurídica no conduce a desechar el esquema lógico del razonamiento defendido por Eugenio Bulygin, que continúa siendo válido. Lleva más bien a preguntar por los criterios que serían útiles para admitir o rechazar determinadas premisas cuestionables al interior de estos esquemas. Mientras que Bulygin se detiene en este momento porque asume una posición liberal que sostiene la validez *a priori* de las normas con base en la doctrina de división de poderes y del legislador democrático, Nino y Atienza pretenden explorar la validez última de las leyes, allende el derecho positivo. Esta pretensión los lleva a vincular las normas jurídicas intrínsecamente con la moral⁵.

Aquí considero que Bulygin lleva razón. Si hablamos de una teoría de la argumentación jurídica que sirva a la labor de los jueces, que toman decisiones respaldadas por el uso de la fuerza estatal, entonces debe respetarse el principio de legitimidad democrática de las leyes. Este principio no equivale a la mera legalidad formal, pero tampoco coincide siempre con el orden moral o la justicia material. Las decisiones que pueden afectar gravemente la vida de las personas requieren un consenso ciudadano básico en torno a sus fuentes.

POSITIVISMO METODOLÓGICO: LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE DERECHO Y MORAL

Manuel Atienza atribuye a una versión del positivismo jurídico, que califica como estricta o excluyente, la separación *conceptual* entre los órdenes normativos derecho y moral. En los términos de Eugenio Bulygin esto significa que: “La validez jurídica de una norma no implica necesariamente su validez moral y la validez moral de una norma no implica necesariamente su validez jurídica” (2006, p. 63).

5 Como se verá, en Nino esta indagación por la moral no debe ser inmediata, porque el jurista ha de llevar a cabo un razonamiento escalonado en dos niveles. *A priori*, Nino al igual que Bulygin considera que existe un deber de obedecer al legislador democrático. “El razonamiento jurídico justificatorio de un juez se da en un plano escalonado, digamos: un primer nivel en el que el juez tiene que ver si la práctica jurídica en su conjunto es una práctica moralmente justificada de acuerdo a ciertos principios valorativos válidos [...] luego pasa a un segundo nivel de análisis en que tiene que ver si su acción está justificada de acuerdo a los principios morales” (Nino, 2007a, p. 107).

Esta es una tesis central del positivismo para Bulygin. Sin embargo, es importante mirar la distinción que establece entre un positivismo *metodológico* y otro positivismo diferente, de carácter *ideológico*. El positivismo metodológico separa como cuestiones diferentes la existencia y el valor moral del derecho; el ser respecto del deber ser jurídicos. Por esta razón, a diferencia del positivismo ideológico no postula la obligación de obedecer siempre el derecho vigente, ya que éste puede carecer de valor en sentido moral.

Aquí se defenderá la versión metodológica del positivismo, procurando mostrar que no se opone a una concepción argumentativa del derecho. Carlos Santiago Nino, por ejemplo, colocado según Atienza en el bando opuesto a Bulygin, pone en duda también que exista una conexión *conceptual* entre derecho y moral, porque supone asumir un esencialismo conceptual que implica una tesis metafísica cuestionable: que existe una sola noción válida de derecho. En realidad puede haber varias y, entre ellas algunas meramente descriptivas. No obstante, Nino sostiene que sí existe dicha conexión en el ámbito de la *justificación* y de la *interpretación* del derecho (2007b, p. 140).

En cuanto a la admisibilidad de un concepto de derecho ajeno a consideraciones de valor, del mismo modo que Nino, creo que un sistema jurídico puede ser identificado y descrito perfectamente sin referencia a la moral. En opinión de Bulygin, esta posibilidad depende de otra tesis que asigna al positivismo metodológico: la de las *fuentes sociales* del derecho. De acuerdo con esta tesis la “existencia y contenido del derecho en una sociedad dependen de hechos sociales, esto es, de actos o actividades de los miembros de esa sociedad” (Bulygin, 2006, p. 74). En última instancia el derecho depende de convenciones sociales.

Como es sabido, la comprensión del derecho, y aún de la moral, como convenciones⁶, es sostenida también por Nino; idea que vincula con el constructivismo. Este enfoque permite a Nino dar cuenta de convenciones complejas como son la práctica jurídica y el discurso moral. Prácticas que son reflexivas, con reglas y presupuestos explícitos a la conciencia de sus participantes, con lo cual se desmarca de comprensiones sociologistas y simples de las convenciones, como si pudieran ser válidas únicamente por su

6 “El derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo; es lo que muchos han llamado una *convention*, una convención, como Lewis, o una práctica social como el mismo Hart lo ha advertido” (Nino, 2007a, p. 107).

desempeño regular: “Me propongo defender [...] una cierta concepción del conocimiento moral que llamo ‘constructivismo epistemológico’. Se trata de una concepción según la cual la práctica social es un medio apto para tal conocimiento” (1989a, p. 93).

Sin embargo, Eugenio Bulygin hace una concesión injustificada a la moral, al atribuirle primacía y exclusividad en lo referente a la noción de *normatividad*. Para el profesor ruso-argentino el problema de la normatividad del derecho no es de naturaleza jurídica, sino moral (2006, p. 97). En su opinión una teoría positivista con pretensiones descriptivas puras no podría usar el concepto normativo de *validez* como *fuerza vinculante*, como *razón para la acción* (2006, p. 100). De manera sorprendente, al igual que Nino y Atienza, Eugenio Bulygin afirma que sólo la moral brinda razones concluyentes para actuar. Los deberes jurídicos tendrían mero valor instrumental, y preguntarse por su obligatoriedad como algo distinto, intrínseco, carece de sentido (2006, p. 107).

No queda claro por qué sólo las reglas morales son caracterizadas como *auténticamente normativas*, es decir, como razones válidas para la acción; mientras que las jurídicas son apenas *instrumentales*. Considero que Bulygin demerita la idea de validez jurídica, y en consecuencia, la de normatividad como razón interna para la acción, cuando la interpreta como simple *pertenencia* y *aplicabilidad*. Pese a que estas nociones son descriptivas, y esto es de especial interés para la noción de sistema jurídico de Bulygin, cabe pensar que cualquier defensor del positivismo metodológico, al desempeñarse en calidad de agente que ha de tomar una posición personal frente a las normas jurídicas –y en algún momento debe hacerlo–, puede proceder creyendo o no en ellas.

Si el propio Bulygin no tuvo reparo en admitir que su noción de justificación a partir del silogismo subsuntivo deriva de una filosofía política de carácter liberal y democrático, no habría problema por asumir también que un positivista metodológico pudiese derivar su deber interno de obedecer el derecho a partir de valores y principios público-políticos, y no morales. En ocasiones, incluso contrarios a estos últimos, sin que quepa calificar su *sentirse obligados* como producto de una actitud meramente prudencial, instrumental o hipócrita. Dicho deber podría ser internamente apreciado como auténtico por cualquier individuo que sea consciente de sus limitaciones epistémicas, y que esté dispuesto a revisar sus creencias morales, aun las más firmes, cuando se halle ante normas cuya legitimidad democrática no haya sido controvertida, o respecto de la cual no quepan *a priori* dudas. Dice

Nino: “La aceptación de las decisiones democráticas no implica someterse a un imperativo o una prescripción, sino dejarse guiar por una presunción epistémica” (1989d, p. 132). A lo que añade de modo un tanto redundante: “El origen democrático de una norma nos proporciona razones para realizar el contenido de la norma. En proporcionarnos esas razones consiste la superioridad moral de la democracia, ya que tenemos razones para hacer aquello que tenemos razones para creer que tenemos razones para hacer” (1989d, p. 133).

Desde esta perspectiva se admite que puede llegar a haber buenas razones, en el sentido de *razones internas de las personas*, para obedecer el derecho sin recurrir a la moral. Sin embargo, esto no implica que el derecho merezca obediencia de sus destinatarios por su sola vigencia.

La moral no es un dominio transparente e indisputado. Por ende, no permite resolver los problemas que surgen al tratar de juzgar la justicia de una norma, en particular; o del orden jurídico, visto globalmente. Por ello, Bulygin observa atinadamente que desde el punto de vista interno de los sujetos la moral objetiva suele coincidir con sus creencias morales. Esta situación deriva de la falta de un método generalmente aceptado para decidir la verdad o corrección de los enunciados morales (2006, p. 120).

La dificultad para acceder al dominio moral también fue vista por Carlos Santiago Nino, para quien la verdad moral, de acuerdo con el paradigma constructivista, era relativa e interna a una específica concepción moral; pero que quizás sería inválida para quien no asumiera sus presupuestos⁷.

En virtud de lo anterior, no sigo a Bulygin en la idea de que el ámbito privilegiado para evaluar al derecho como norma en sentido fuerte, de auténtica obligatoriedad, deber o razón interna para la acción de las personas, sea la moral. Su posición rechazaría que los juristas sean capaces de juzgar la justicia de las normas positivas por su contenido; es decir, de modo intrínseco. Para un escéptico moral como Bulygin es demasiado decir. Siendo más consecuente consigo mismo, debía haber afirmado que las razones internas, últimas, detrás del cumplimiento de las normas jurídicas, son las de cada quien, morales, prudenciales, cónicas, etc.

Immanuel Kant distinguió el derecho de la moral, e indicó que aquél debía funcionar hasta en un “pueblo de demonios”. Un positivista metodo-

7 “Esto significa que hay una suerte de relativismo que una posición constructivista está comprometida a aceptar: posición que [...] llamé del ‘relativismo conceptual’, por la cual el significado, la verdad y validez de los juicios morales son relativos a las reglas y la estructura que subyace a la práctica social o la institución del discurso moral” (Nino, 1989c, p. 161).

lógico no tendría que añadir nada más. Lo anterior porque la actitud de los participantes en relación con las normas es irrelevante para este enfoque, y la noción de justificación derivada del silogismo en nada depende de ella.

Por ende, también puede rechazarse la conexión justificativa derecho-moral, en contra de Nino. No hay conexión conceptual ni tampoco dependencia justificativa del derecho respecto de la moral. Sin embargo, esto no significa que no haya solapamientos entre uno y otra. El derecho surge a lo largo de un proceso de diferenciación social-funcional entre órdenes práctico-normativos a partir del que, de acuerdo con Jürgen Habermas, las personas habrían puesto algunas dimensiones de sus vidas fuera del alcance del enjuiciamiento moral y religioso. Esto significa una ventaja cognitiva, pero sobre todo práctica⁸. Dicha tendencia propiciada por el pluralismo se opuso a la lógica de comunidades más homogéneas. En principio habría servido para desactivar o al menos reducir la carga afectiva o violenta de muchos conflictos que suelen derivar de calificar como pecados la mayoría de las faltas.

Manuel Atienza defiende tanto la conexión conceptual como justificativa del derecho con la moral. En relación con la primera de estas dos tesis, a diferencia de Nino, cree que un orden extremadamente injusto no puede calificar como derecho. No me detendré mucho en este punto porque creo que Eugenio Bulygin lleva razón al indicar que un sistema de derecho puede ser admitido como válido pese a su injusticia. Además, porque creo que conviene a veces vislumbrar esta distinción analítica para combatir de frente tal injusticia. Piénsese en el caso del soldado que recibe la orden de torturar, discutido por Bulygin y Atienza. Para Bulygin, el soldado enfrentaría el deber jurídico de torturar, y el deber moral de no hacerlo, lo que no resulta lógicamente contradictorio. Sospecha empero que no reconocer el real conflicto de deberes que pueden llegar a tener las personas, mediante meras estipulaciones semánticas o definicionales, es inadecuado y engañoso (Bulygin, 2007, p. 179).

8 Dice Habermas: "Los derechos del hombre y el principio de soberanía popular no son por casualidad las únicas ideas, sólo a cuya luz cabe justificar el derecho moderno. Pues éstas son las dos ideas en que acaban condensándose aquellos contenidos que, por así decir, son los únicos que quedan cuando la sustancia normativa de un *ethos* anclado en tradiciones religiosas y metafísicas es obligado a pasar por el filtro de las fundamentaciones postradicionales. En la medida en que los planteamientos morales y éticos se diferencian entre sí, la sustancia normativa filtrada discursivamente encuentra su acuñación en esas dos dimensiones que son la autodeterminación y la autorrealización. Entre los derechos del hombre y la soberanía popular, por un lado, y las dos mencionadas dimensiones, por otro no puede ciertamente, establecerse una correspondencia de tipo lineal" (Habermas, 1998, p. 164).

No obstante, también creo que es posible oponerse al aparente deber jurídico del soldado sin socavar las bases de una concepción del derecho como la de Bulygin. Como se dijo al principio, tales bases vienen de la filosofía política liberal que apoya su posición positivista. En el caso del soldado, cabrían razones simples para negar juridicidad al primer deber, sin necesidad de referir la moral: considerar por ejemplo que no es razonable pensar que un imperativo semejante de torturar pudiera haber sido lógicamente derivado de alguna norma emitida por un legislador liberal y democrático. En todo caso, precisamente porque en la mayoría de casos no es fácil –como en éste– determinar el nivel de injusticia de las normas, es porque el concepto de juridicidad no debe depender de la contingencia de evaluaciones personales. Como se puede ver, esto no empuja hacia un formalismo exento de valores, siempre que no se asocie conceptualmente la noción de valor a la moralidad⁹.

Vuelvo un poco más sobre la tesis de la conexión *justificativa*, porque en ésta hay puntos de coincidencia entre Atienza, Nino y, curiosamente, el propio Bulygin. Pese a que Bulygin concibe la idea de justificación en términos puramente lógico-subsuntivos, como derivación de unas proposiciones de otras, termina por negarle fuerza *estrictamente normativa*. Sólo el eventual solapamiento de premisas jurídicas y morales añadiría fuerza, obligatoriedad como razón interna para actuar, a los juicios sobre el deber de obedecer el derecho positivo.

Como intuyó Nino, esto conduce a la irrelevancia práctica del orden jurídico. Bulygin el escéptico se torna de pronto un moralista, aunque declare desconocer lo que la moral pueda válidamente mandar. En lugar de limitarse a señalar la distinción entre derecho y moral, y a atribuir a cada juez o persona la responsabilidad de optar por obedecer uno u otro orden normativo, Bulygin termina afirmando que la moral tiene preeminencia sobre el derecho:

Las obligaciones jurídicas no son razones concluyentes para actuar. Sí lo son las obligaciones morales. Dejo abierta la cuestión acerca del criterio para la determinación de tales obligaciones. Como personalmente no creo en la existencia de valores objetivos (verdaderos), no creo que haya un criterio objetivo para determinar qué es lo moralmente correc-

9 Todavía además quedaría por resolver las discrepancias entre la moral positiva y la crítica, así como de los sujetos autorizados a enunciarlas.

to o debido. Pero si una persona cree que su deber moral es dejar de lado sus deberes jurídicos, debe actuar en consecuencia (2006, p. 107).

No parece que esta declaración mejore el entendimiento del positivismo metodológico. Pero tampoco creo que negarla sitúe a alguien en el espectro de los positivistas ideológicos o relativistas éticos. Claro que una persona que desde sus creencias morales considere que una norma jurídica es injusta puede intentar controvertirla. Su oposición solo verificaría la tesis básica del positivismo metodológico: que pueden existir diferencias y eventualmente conflictos entre derecho y moral. Pero calificar las razones jurídicas como no concluyentes *a priori*, y brindar en cambio ese atributo solamente a las razones morales, resulta excesivo. Máxime si como Bulygin ha admitido: *cuentan como morales* las razones que alguien *crea* que lo son.

¿Cómo sabemos que es verdad que una norma que carece de fuente social es moralmente correcta? A falta de un criterio intersubjetivo para decidir cuándo una norma es moralmente correcta y la ausencia de tal criterio se debe a que las pautas morales son inherentemente controvertidas, cuando un juez debe decidir si una norma es moralmente correcta o no, tendrá que recurrir forzosamente a lo que él *crea* correcto (2006, p. 112).

En virtud de lo anterior, mientras no haya sido determinado con una certidumbre razonable lo que pueda contar como moral válida y objetivamente, tal vez el derecho democrático otorgue el conjunto de razones que estén más cerca de ser las concluyentes. En esta lógica Nino pensaba que el procedimiento democrático era el mejor sucedáneo del discurso moral, de ahí su perspectiva constructivista (1989c, pp. 367-411).

El positivista metodológico auténtico tendría que detenerse en la mera delimitación de los ámbitos moral y jurídico, y dejar que en cada caso los individuos deliberen acerca de cuál debe prevalecer en cada caso, y nada más. Las nociones de razones concluyentes o últimas contienen criterios evaluativos y no descriptivos, y por tanto no debieran ser empleadas con ligereza por un positivista.

LAS RAZONES MORALES COMO ÚLTIMAS: LA TESIS DE LA UNIDAD DE LA RAZÓN PRÁCTICA

En lo que sigue quiero criticar la idea de que únicamente las razones morales pueden operar como razones *últimas* o *concluyentes* cuando se ha-

bla de la justificación de decisiones prácticas, sean de tipo jurídico, político, religioso. Manuel Atienza defiende que suspender la cadena de razones en apoyo a una decisión práctica en una norma jurídica o en cualquier otro momento, previo al moral, es arbitrario: “La apertura del discurso es una exigencia de racionalidad” (1996, pp. 229-238). Carlos Santiago Nino sostiene una posición similar cuando afirma que la justificación de las decisiones jurídicas, aun en el seno de un constitucionalismo de tipo progresista, respondería a una racionalidad “de lo segundo mejor”, ya que siempre sería mejor justificar las decisiones sobre la base de principios valorativos *últimos*. Como se dijo en el epígrafe anterior, Eugenio Bulygin también sostiene la idea de que sólo las razones morales son concluyentes, negando este calificativo a las jurídicas.

No es fácil entender cómo ciertas razones y principios puedan ser calificados *a priori* como “morales”, y en este sentido, ser apreciados como “últimos”. Es decir, cómo determinadas normas y juicios de valor que aparecen eventualmente en un discurso, siempre de la mano de un individuo o grupo particular, puedan pretender para sí mismas el atributo de ser razones concluyentes. Parece obvio que no basta que cualquiera de las partes en un discurso práctico afirme que las suyas son razones morales, y que las de su contrario son razones *inmorales*, o que *tan solo* son razones jurídicas, políticas, religiosas, prudenciales, etc. Precisamente porque las “auténticas” o “últimas” razones morales no son evidentes de suyo, es que también las invocadas como tales deben poder responder, con la misma exigencia de racionalidad, a preguntas que pueden provenir del mayor número de perspectivas, no todas necesariamente morales.

En consecuencia, aunque se asuma que la moral debe prevalecer frente a los otros órdenes normativos, no hay un modo razonable de garantizar su operatividad (eficacia, utilidad) en los discursos reales, por las restricciones epistémicas a las que estamos sujetos. Pretender lo contrario por parte de cualquier actor implica asumir injustificadamente el rol de un observador completamente objetivo e imparcial, *una visión desde ningún lugar* –en la expresión de Thomas Nagel (1996).

Tiene razón Manuel Atienza: ningún participante, abogado, juez o magistrado, puede cerrar una discusión sobre asuntos prácticos con base en cualesquiera de las premisas jurídicas que haya tenido en cuenta al decidir. Pero en realidad *nadie puede hacerlo* si por cerrar una discusión práctica se entiende blindar sus resultados contra toda crítica razonable. Siempre cabe continuar preguntando si tales resultados fueron los mejores, dada la infor-

mación y los tiempos al alcance de los participantes. O sea, que reconocer los límites del derecho para una justificación definitiva, y abrirlo a la reflexión moral no resuelve el problema de fondo, simplemente lo pospone. Esto porque, como vio bien Eugenio Bulygin: “No hay ninguna garantía de que el sistema resultante de incluir en el derecho normas morales resulte necesariamente completo y consistente. Por el contrario, parece muy plausible [...] que el recurrir a normas morales introduciría aún más subjetividad en el derecho” (2006, p. 128). La falacia está en estipular que las razones morales sean siempre las últimas, por definición.

Pero en un mundo plural y complejo como el actual, solo bajo el riesgo de confundir y empobrecer las discusiones prácticas, es que puede sostenerse que en relación con cada individuo sea la moral el último baluarte de justificación auténtica, y que cualquier otra razón deba ser entendida como mero compromiso pragmático, prudencial, subóptimo, de lo segundo mejor. Decir que se equivoca o autoengaña quien desde la perspectiva interna comprende que la fuente de su obligación es religiosa, y *en realidad* está siguiendo una razón de naturaleza moral “camuflada”, lleva a ignorar que de hecho las personas justifican sus diferentes conductas con razones distintas. Es un dato verificable que no siempre las últimas razones de alguien son morales, a veces deliberadamente –aunque esto no suela ocurrir sin conflicto. Estipular, como hace Atienza, que el verdadero motivo detrás de una decisión califica como moral justamente porque es el último, resulta contraintuitivo. Las personas a menudo pueden ser conscientes de ir en contra de sus juicios morales más firmes, por razones susceptibles de ser justificadas. Y agregar que estos dobleces e inconsistencias en los individuos es signo también de un particular tipo de moral, “distráida” en este caso, no tiene sentido en una discusión que trata sobre la justificación de decisiones prácticas. Recuérdese que, como señaló Nino, todas las decisiones que se pretendan justificadas, por definición han de ser explícitas, deliberadas, conscientes. No puede estimarse justificadas decisiones irreflexivas, aunque su contenido resulte ocasionalmente justo y bueno.

Pero aunque un participante juzgara sus razones como morales reflexivamente no podría estar seguro de que en realidad lo fueran. No hay método, más allá de las propuestas de modelos intersubjetivos de racionalidad, para eludir la dificultad indicada por Eugenio Bulygin: *que cuentan como morales las razones que cada persona cree que lo son*.

¿Qué puede entonces significar la unidad del razonamiento práctico en sociedades plurales y complejas? Porque si la moral no es concluyente en

orden a la justificación de decisiones prácticas, ¿qué podría serlo? Entiendo que se puede seguir hablando de dicha unidad sin reducir la idea de justificación –como Nino– o normatividad –como Bulygin– al campo de la moral. Cuando así se procede la consecuencia es que todas las decisiones sobre asuntos prácticos que no tomen en cuenta sus estándares son juzgadas como deficitarias. Y no veo razones suficientes que apoyen esta determinación. Son muchos los dominios práctico-normativos en los que se describen acciones como justificadas o correctas bajo sus propios estándares. Esto representa una ventaja cognitiva y práctica de las sociedades modernas respecto de las tradicionales, en las que cualquier acción discreta continúa siendo evaluada con base en parámetros morales o religiosos.

El derecho descarga de nuestros hombros la difícil tarea de evaluar el trato con los demás en sociedades plurales y complejas con criterios morales, porque esto tiene enormes costos epistémicos y normativos. Las sociedades modernas, dada su complejidad, exigen un alto grado de reflexividad de las personas. Esto lo vio Kant al subrayar que las personas podrían justificar normas, no solo como personas sino como ciudadanos de un Estado particular, y todavía más, como ciudadanos del mundo o cosmopolitas (1993). Ninguno de estos ámbitos es normativamente coextenso.

Quizás el motivo de Manuel Atienza para atribuir a la moral el carácter de “último tribunal de apelación” para justificación de las acciones, está asociado al papel central del individuo y sus derechos, que desde la Ilustración ha influido en la reflexión práctica. El problema es que esta centralidad ha sido defendida comúnmente desde una filosofía de la conciencia subjetivista, que sugiere que todos y cada uno de los individuos son, en última instancia, baluartes de la moral, dado que no puede haber moral sin autonomía.

Sin embargo, este aserto es problemático. Javier Muguerza sugirió la idea de una “ética de la *disidencia*”, criticando el papel –convertido en moda– del consenso para la justificación de las normas. Desde su propuesta de una ética comunicativa Habermas arguyó que existen casos límites en los que, en relación con el disidente, no se puede discernir “si realmente se trata de razones buenas y morales o sólo se trata de una ‘idiotez’ –en el sentido griego de la palabra–, que arrastra a alguien hacia ese aislamiento” (1997, p. 268).

La tesis de la unidad de la razón práctica no significa unidad *bajo la razón moral*. Ni siquiera para Kant, como se deduce del conjunto de sus

textos sobre filosofía práctica¹⁰. Todas las razones, como se sabe ahora tras el giro lingüístico y el consecuente abandono de los presupuestos trascendentales de la filosofía de la conciencia, han de ser capaces de atravesar el test de la intersubjetividad. Para que cuenten válidamente como razones se precisa la existencia de determinados criterios que no son en estricto sentido morales, sino restricciones pragmáticas, constitutivas, como las reglas de los juegos.

En el sentido del constructivismo ético-conceptual de Carlos Santiago Nino, estas reglas, vistas con el carácter de convenciones explícitas y reflexivas, son las que principalmente previenen frente a los usos perversos, instrumentales y estratégicos del discurso práctico, que puede ser moral, religioso, político, etc. Nino dudaba de la capacidad individual de elucidar el contenido de la moral fuera del discurso práctico intersubjetivo. De ahí su tesis de la democracia como el mejor sucedáneo del discurso moral.

La unidad de la razón no se sitúa fenoménicamente al nivel de las normas que las personas internamente califican como morales, y pretenden pasar por definitivas y concluyentes. Está en un plano anterior según su propia fórmula, expresada en la noción del razonamiento justificativo escalonado en dos niveles (Nino, 2007a, p. 107) –que recuerda la estrategia justificativa de John Rawls del equilibrio reflexivo.

Únicamente razones pueden acarrear la justificación de decisiones en asuntos prácticos. Porque solo ellas pueden mover internamente la conciencia reflexiva de las personas, que es el último tribunal de apelación para juzgar una razón como siendo autónoma. Sin embargo, autonomía individual y moralidad no son ámbitos coextensos. Es decir, seguir de manera autónoma una norma moral supone necesariamente una actitud de aceptación interna del individuo, sin que esto signifique que sea esa aceptación lo que convierta en moral la norma prescrita. Esto lleva a considerar la posibilidad de un seguimiento autónomo de las normas jurídicas; o sea, no por razones prudenciales ni instrumentales-heterónomas. La cuestión es que la dinámica de la institución o convención social que llamamos derecho no demanda ni solicita esto de las personas –y creo que es bueno que no lo haga. Así lo vio Kant al hablar de la constitución que debía funcionar hasta para un “pueblo de demonios”.

10 He desarrollado la idea de que para el filósofo de Königsberg la teoría moral no está por encima de la política (Sahuí, 2012). Esta misma intuición subyace a las interpretaciones que acerca de la obra de Kant han llevado a cabo tres importantes filósofos contemporáneos, analizados en Alejandro Sahuí (2002).

ESCEPTICISMO O COGNITIVISMO EN MORAL. LA POSICIÓN DEL POSITIVISMO METODOLÓGICO

En relación con la obra de Eugenio Bulygin, Francisco Laporta ha dicho atinadamente: “No vemos que haya una incompatibilidad necesaria entre una teoría positivista del derecho y cualquier metaética, sea o no sea cognitivista” (2007, p. 35). Al igual que Laporta no se ve qué razones haya para atribuir al positivista metodológico la posición de un escéptico o relativista en materia moral. En estricto sentido, lo que un positivista opine sobre la moral es irrelevante para el propósito de explicar y comprender el derecho. Pese a que importantes positivistas han sido escépticos o relativistas en moral¹¹, defenderé que se puede también ser positivista siendo objetivista y cognoscitivista; pero sin sostener que ello implique sujetar al derecho a los parámetros de la moral. Sobre el tema Carlos Santiago Nino ha explicado:

Lo que reúne a los mayores representantes del positivismo no es el rechazo del objetivismo moral sino el rechazo de la tesis *conceptual* de los abogados naturalistas en favor de su opuesta: que la existencia y el contenido de un sistema legal puede ser determinado exclusivamente sobre la base de propiedades empíricas y sin recurrir a consideraciones evaluatorias. Esta es la única cuestión que divide claramente a los representantes de una y otra escuela de pensamiento [...] (2007c, p. 112).

Como se ha dicho, el constructivismo ofrece un enfoque que elude las dificultades de tesis *que confunden objetividad con realismo moral*, como si hubiera hechos del mundo externo susceptibles de ser calificados como *intrínsecamente* morales. John Rawls ha criticado estas concepciones al desarrollar la idea de justicia como noción política y no metafísica (Rawls, 1999b, pp. 23-46). La estrategia constructivista de Rawls permitiría evaluar la *verdad* o *corrección* de una norma *sin requerir correspondencia* alguna con hechos externos o concepciones comprensivas de lo bueno. De la obra de Rawls se podría derivar un constructivismo político y jurídico; mientras

11 Con un enfoque semejante al que hemos adoptado, Nino ha dicho al referirse a la posición de Kelsen: “Creo que posiciones como la de Kelsen derivan su plausibilidad de una confusión entre la actitud *crítica* y la actitud *escéptica*: hemos visto que el racionalismo está comprometido a someter a examen crítico cualquier conclusión teórica, puesto que asume que la suposición de que ella es verdadera tiene carácter provisorio y su falsedad puede ser demostrada por argumentos y pruebas que otros individuos pueden aportar; esto es lo que fundamenta la necesidad de tolerar opiniones opuestas y brinda apoyo a las instituciones que favorecen tal tolerancia” (Nino, 1989c, p. 54).

que Nino habló siempre de un constructivismo ético. En ambos autores la idea es que para defender la objetividad de las normas y justificar decisiones no hace falta apelar a ninguna instancia externa a las propias convenciones o prácticas sociales que alrededor de lo jurídico-político, según Rawls, y de lo moral, según Nino, desempeñamos a diario.

Se puede ser positivista metodológico siendo objetivista y cognitivista en filosofía práctica; es decir, en relación con las normas. No es relevante a este respecto si se trata de normas morales o jurídicas. Los dos sistemas de normas pueden ser objeto de conocimiento teórico y fuente de auténticas obligaciones, comprendidas como razones internas para la acción. Un positivista metodológico podría denunciar determinadas normas del derecho vigente como injustas, simultáneamente desde dentro del propio sistema –con base en sus principios y corolarios básicos–; y también desde la moral, pretendiendo que su crítica sea evaluada con estándares objetivos y no como una mera opinión subjetiva. Para hacer esto lo que se requiere es reflexividad, vista como la habilidad de colocarse en actitud de agente, observador y participante según sea el caso. La discusión de si el derecho depende de la moral no viene mucho a cuento en relación con el problema estricto de la objetividad.

Bulygin, por ejemplo, con independencia de la tesis de la separación entre derecho y moral, sostiene que para el positivismo “no hay tal cosa como *normas jurídicas objetivamente válidas*” (2006, p. 118). La razón es que la validez objetiva de una norma es idéntica a su verdad y –en su opinión– no hay normas verdaderas. Como se puede observar esta cuestión no tiene nada que ver con la referencia a la moral. Deriva más bien de la idea de que no son lo mismo las normas que obligan, y las proposiciones acerca de ellas que califican ciertas conductas. Únicamente éstas últimas serían susceptibles de verdad o falsedad.

No hay razón entonces para pensar que los positivistas metodológicos sean, por el mero hecho de serlo, escépticos morales ni relativistas. Porque lo que hace a un positivista de este tipo es el rechazo de la tesis según la cual el derecho tiene una intrínseca relación con la moral, sin la cual no sería derecho. Incluso, aunque un positivista metodológico pudiese admitir que existan múltiples solapamientos entre los contenidos del derecho y la moral, no afectaría en nada su concepto de derecho. Tales entrecruzamientos serían contingentes, sin importar que a lo largo de la historia y en la mayoría de culturas hayan sido regulares y constantes. “Puede haber muchos sistemas morales y no cabe duda de que de hecho todo orden jurídico está basado en ciertas creencias o valoraciones

morales, pero no está necesariamente (por razones conceptuales) ligado a algún sistema moral en particular” (Caracciolo, 1993, p. 510).

Manuel Atienza ha caracterizado la postura de Bulygin en este punto como “positivismo *excluyente*”. En su opinión, en la obra de Bulygin no habría modo de desvincular la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, de la tesis del escepticismo ético. Sin escepticismo se tendría que abandonar la tesis de la separación. Aunque el señalamiento de Atienza se apoya textualmente en una declaración hecha por Bulygin en entrevista a Ricardo Caracciolo (1993, p. 509), me parece errónea para caracterizar al positivismo como tal. Por eso hemos dicho antes que Bulygin hace una concesión injustificada dentro de su propia teoría a la moral. Su postura es que *si existiera* una moral objetiva *entonces* el derecho tendría que sujetarse a ella, porque si hay normas que mandan algo incompatible con las normas morales éstas no se deberían obedecer. Dice Bulygin:

En este sentido, si “admitir cierto grado de objetividad en las discusiones morales de carácter normativo” significa aceptar que hay verdad moral, la distinción conceptual entre derecho y moral se vuelve insostenible. Más aun, la existencia del derecho (entendiendo por tal el derecho positivo) se torna problemática. ¿Para qué dictar normas jurídicas si ya sabemos qué debemos hacer? (1993, p. 511).

Tras la crítica de Caracciolo (2000, pp. 37-44), Eugenio Bulygin reflexiona sobre el asunto y corrige: “Contrariamente a mi opinión anterior, el positivismo es, en principio, compatible con el objetivismo moral” (2006, p. 119). Creo que Bulygin acierta al rectificar, pero que lo hace a partir de razones incorrectas. Porque lo hace al precio de sacrificar toda pretensión de objetividad del derecho para sí: no hay incompatibilidad con el objetivismo moral *porque* no se afirma la existencia de normas jurídicas objetivamente válidas: “El que las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza u origen (reglas o principios, normas legisladas, consuetudinarias o precedentes judiciales) no pueden ser calificadas de verdaderas u objetivamente válidas es una tesis central del positivismo jurídico”.

Aquí en cambio se ha tratado de defender que la objetividad del derecho, sin realismo, no es un sinsentido para el positivismo metodológico. Si se admite que este tipo de positivismo defiende tesis conceptuales y no metafísicas, resulta extraño que Bulygin niegue esta posibilidad, sobre todo porque sí distingue la objetividad *epistémica* de la *metafísica*. Creo que el auténtico positivista no debería mostrar mayor interés por la segunda.

Asimismo, se ha sostenido que aun presumiendo la existencia de una moral objetiva no se tendría que derivar la vinculación conceptual entre derecho y moral, ni tampoco la irrelevancia del derecho como sistema normativo. La premisa oculta para obtener estas conclusiones sería alguna de este tipo: “La moral es el sistema normativo por excelencia y sus razones derrotan indefectiblemente a cualquier otra razón; siendo entonces las únicas definitivas y concluyentes”.

Pese a que autores como Atienza o Nino no tendrían reparo en explicitar dicha premisa¹², defenderé que no se puede sostener en el seno de sociedades complejas funcionalmente y plurales axiológicamente. Nino se percata de la dificultad cuando señala que la democracia es el mejor sucedáneo del discurso moral. Porque aunque el término “sucedáneo” puede connotar algo de menor valor que su referente original o auténtico, lo cierto es que las reglas democráticas se han convertido en el mejor modo que las personas tienen de conocer lo justo político-jurídico, y en el extremo, incluso lo correcto en moral.

Este valor [epistemológico] se transfiere en parte, como veremos, a un sucedáneo del discurso moral, tal como es el procedimiento democrático de toma de decisiones, que *puede superar*, dentro de las limitaciones impuestas por aquellos mismos principios, *muchas indeterminaciones morales* [...] Sin embargo, si bien nuestras respuestas últimas a cuestiones prácticas deberán surgir del progreso de la discusión moral (ya que las razones morales deben operar no sólo “detrás” del derecho sino también, por lo que acabo de decir, “a través” del derecho) (Nino, 1989c, pp. 124-125) [la cursiva no es del original].

De modo tal que los resultados de las deliberaciones colectivas, en la medida en que se ajusten efectivamente a ciertos procedimientos, han de ser tenidos por obligatorios a efectos prácticos. Lo paradójico de esto –viniendo de Nino– es que si este fuera el caso se implicaría que tales resultados cuentan como válidos no solo jurídica sino también moralmente; hecho que los convertiría en razones últimas, concluyentes y definitivas. Rechazar esta conclusión supondría desconfiar del procedimiento democrático como el mejor sucedáneo del discurso moral, implicando situar de nuevo a los

12 Así dice Nino: “Es distintivo de los principios morales el que ellos constituyen razones *finales* en la justificación de una acción: ninguna razón de otra índole puede prevalecer sobre ellas, y ellas desplazan a cualquier otra razón, cuando son aplicables” (1989c, p. 111). O bien: “Aquí cabe recordar que, por definición, las razones morales son razones últimas” (1989c, p. 126).

individuos aislados como baluartes últimos de los juicios morales. Pero esto era lo que Nino trataba de evitar, aunque sospecho que no lo consigue en su afán de vincular política, moral y derecho. Desde nuestro punto de vista, en resumen, su propuesta termina por colapsar la diferencia entre órdenes normativos¹³.

En este sentido, más cercanas al positivismo metodológico parecen atinadas las propuestas de Rawls o Habermas, de distinguir concepciones éticas comprensivas y razón pública, o moral y derecho, respectivamente. Razón pública y derecho podrían eventualmente incluir razones morales universales, pero también razones de otro tipo, por ejemplo, ligadas a la autocomprensión ético-política de los participantes, pragmáticas, técnicas, etc.

Lo que arroja el discurso democrático creador de derecho no sería moral en estricto sentido –aunque contingentemente llegue a incluir también razones morales¹⁴. Que las razones de distintas personas se solapen en acuerdos sobre mínimos en la figura del consenso entrecruzado no implica que éste agote el orden de la moral, ni tampoco que lo que queda fuera sea poco importante para la justicia. La intuición de Rawls es la inversa: precisamente porque muchos temas son bien caros a los individuos es que deciden ponerlos a resguardo de toda intervención. La moral de cada quien es relevante para el derecho en la medida en que trasciende a las relaciones con otros, y cuando afecta los mecanismos de integración y cooperación social. En este momento debe sujetarse a criterios de evaluación públicos, cuyo mejor filtro sería el procedimiento democrático. En ambos autores, puede notarse, se mantiene la distinción analítica entre derecho y moral; y cabe sostener que también en el plano de la justificación.

13 Visto así, Nino no habría sorteado el llamado por Bulygin “el dilema de Bayón”: “O bien el contenido moralmente correcto es un hecho social consistente en que la comunidad cree que la norma es moralmente correcta, en cuyo caso el positivismo incluyente colapsa con el positivismo excluyente, o bien, presupone algún tipo de objetivismo moral” (Bulygin, 2006, p. 111).

14 Dice Habermas: “Las cuestiones jurídicas y las cuestiones morales se refieren, ciertamente, a los mismos problemas: el de cómo ordenar legítimamente las relaciones interpersonales y cómo coordinar entre sí las acciones a través de normas justificadas, el de cómo solucionar consensualmente los conflictos de acción sobre el trasfondo de principios normativos y reglas intersubjetivamente reconocidos. Pero se refieren a los mismos problemas de forma distinta en ambos casos. Pese al común punto de referencia la moral y el derecho se distinguen prima facie en que la moral postradicional no representa más que una forma de saber cultural, mientras que el derecho cobra a la vez obligatoriedad en el plano institucional” (1998, pp. 171-172).

No creo que las propuestas de Habermas y Rawls puedan calificarse como escépticas, no-cognitivistas o relativistas¹⁵. Sin embargo, ninguna de ellas sostiene un realismo moral, en el sentido de la noción de verdad por correspondencia.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Lleva razón Manuel Atienza al defender que la concepción argumentativa del derecho reclama objetividad y rechaza la arbitrariedad. Las discusiones alrededor de los asuntos prácticos, sean de naturaleza moral o jurídica, solamente tienen sentido si se asume como un presupuesto en ellas que se puede arribar a soluciones justificadas. Para el positivismo metodológico la justificación del sistema jurídico es independiente o autorreferencial, mientras que para Atienza depende de la moral.

Sin embargo, con la postura de Atienza no se resuelven los problemas que se atribuyen a las normas de derecho positivo, porque todavía cabe preguntar por la objetividad de la idea de moral en las sociedades altamente plurales y complejas.

Atienza estipula que las normas morales son las únicas susceptibles de ser justificadas mediante razones últimas, definitivas y concluyentes, pero no problematiza la circunstancia de que distintas normas puedan ser percibidas por personas diversas como gozando de estos caracteres. Este dato, ampliamente verificable, socavaría la operatividad de la definición del dominio moral en las discusiones reales. Porque bajo este enfoque tenderían a contar como morales, en expresión de Eugenio Bulygin, las razones que cada quien cree que lo son. No se gana mucho, en la práctica, al pretender fundar la validez jurídica en la moral.

El positivismo metodológico, siempre que no se lo confunda con el positivismo ideológico, no tendría que ser relativista, escéptico o no cognitivista. Como en el caso de Eugenio Bulygin, su elección puede estar explícitamente justificada en una concepción de filosofía política liberal, que confía en el principio de división de poderes, en el imperio de la ley, en la soberanía popular y los derechos humanos. El canon (neo) constitucionalista puede ser interpretado como un positivismo no formalista, sujeto a princi-

15 El análisis que Nino hace de la obra de estos dos autores sí lleva a sugerir que tanto Habermas como Rawls terminan siendo no objetivistas (Nino, 1989a, pp. 93-110).

pios sustantivos. Si se quiere aún decir, como reflejo de una moral *pública*. Los postulados de dicha moral, sin embargo, nunca podría ser tenidos por últimos, definitivos y concluyentes. Serían en cambio las reglas del procedimiento democrático mediante las que se encauza la soberanía popular, en relación intrínseca con los derechos humanos ampliamente consensuados, los criterios para juzgar la objetividad y validez de las normas jurídicas positivas, única fuente de legitimidad de las decisiones prácticas respaldadas por la coacción estatal.

No obstante, la necesaria clausura de los debates reales acerca de dichas decisiones, en sede legislativa o judicial, ha de ser comprendida siempre como provisional y tentativa. Porque además del error caben también usos perversos o estratégicos de las razones. La posición del positivismo metodológico prevendría frente al intento de asimilar las razones jurídicas contingentes con un pretendido orden moral de razones necesarias y trascendentes, y como tales, ajenas a la crítica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Atienza, M. (1996). “Lógica y argumentación jurídica”. En: J. Echeverría, J. de Lorenzo y L. Peña (coords.). *Calculemos... Matemática y libertad. Homenaje a Miguel Sánchez-Mazas*. Madrid: Trotta.

————— (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.

————— (2007). “Eugenio Bulygin y la teoría de la argumentación jurídica”. En: J. J. Moreso y M. C. Redondo (eds.). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Madrid: Marcial Pons.

Bayón, J. C. (2007). “Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente”. En: J. J. Moreso y M. C. Redondo (eds.). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Madrid: Marcial Pons.

Bulygin, E. (2006). *El positivismo jurídico*. México: Fontamara.

————— (2007). “Manuel Atienza: análisis conceptual versus teoría de la argumentación jurídica”. En: J. J. Moreso y M. C. Redondo (eds.). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Madrid: Marcial Pons.

Caracciolo, R. (1993). “Entrevista a Eugenio Bulygin”. *Doxa*. Núm. 14, pp. 499-513.

————— (2000). “Realismo moral versus positivismo jurídico”. *Analisi e diritto, a cura di P. Comanducci e R. Guastini*, pp. 37-44.

Habermas, J. (1997). “Consideraciones finales”. En: J. A. Gimbernat (ed.). *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva.

————— (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.

Kant, I. (1993). *Teoría y práctica*. Madrid: Tecnos.

Laporta, F. (2007). “Para Eugenio Bulygin”. En: J. J. Moreso y M. C. Redondo (eds.). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Madrid: Marcial Pons.

Moreso, J. J. y M. C. Redondo (eds.) (2007). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Madrid: Marcial Pons.

Muguerza, J. (1989). *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate.

Nagel, T. (1996). *Una visión desde ningún lugar*. México: Fondo de Cultura Económica.

Nino, C. S. (1989a). “Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas”. En: *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

————— (1989b). *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

————— (1989c). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel.

————— (1989d). “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”. En: *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

————— (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

————— (2007a). “Conferencia sobre derecho, moral y política”. En: *Derecho, moral y política. I*. Buenos Aires: Gedisa.

————— (2007b). “Derecho, moral y política”. En: *Derecho, moral y política. I*. Buenos Aires: Gedisa.

————— (2007c). “Ética legal: entre la metafísica y la futilidad”. En: *Derecho, moral y política. I*. Buenos Aires: Gedisa.

————— (2007d). “Respuesta a J. J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo”. En: *Derecho, moral y política. I*. Buenos Aires: Gedisa.

Rawls, J. (1999a). “El constructivismo kantiano en la teoría moral”. En: *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Madrid: Tecnos.

————— (1999b). “Justicia como equidad: política, no metafísica”. *La Política*. Núm. 1, pp. 23-46.

Sahuí, A. (2002). *Razón y espacio público. Arendt, Habermas y Rawls*. México: Ediciones Coyoacán.

————— (2012). “La filosofía política de Kant”. En: J. Marcone, S. Ortiz Leroux y Á. Sermeño (coords.). *Los vértigos de la política. Una revisión desde la Modernidad*. México: Ediciones Coyoacán.

